# Der „Kauf auf Abruf".

## Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Schlesischen Friedrich-
Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Alois Joachimski.

Breslau 1930.

Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei e. G. m. b. H., Breslau 1, Ursulinerstr. 1.

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern.

# Inhaltsverzeichnis.

## § 1.

### Die Abrufsklauseln.

Die Abrufsklauseln bei Käufen bedeuten: Der Verkäufer darf trotz § 271 B.G.B. nicht eher liefern, bis der Käufer abruft, d. h. die Waren bestellt. Leicht zu erkennen ist ein Abrufvertrag, sobald er die Klausel „auf Abruf", „abzurufen" oder „abzufordern" enthält. Steht im Vertrage „nach Käufers Wahl„,[1]) „nach Bedarf",[2]) gegen „rechtzeitige vorherige Einteilung",[3]) „Lieferung nach vorheriger Angabe fertigzustellen",[4]) so erscheinen uns diese Abreden nicht sofort verständlich. Es handelt sich aber auch hier um Abrufverträge.

Dieser Klauseln und anderer knappen Schlagwörter bedient sich der Handelsverkehr sehr gern, denn die Kaufleute, die eine Vorliebe für einen möglichst schablonenhaften Geschäftsgang haben, sind bestrebt, ihren Vertragswillen in kurze Formeln zu fassen. Enthält nun der Kaufvertrag eine solche Klausel und ist diese nicht gleich verständlich, so kommt § 157 B.G.B. zur Anwendung.

Der Vertragswille der Parteien wird dann so ausgelegt, wie es die Rücksicht auf die Verkehrssitte verlangt. Sind jedoch die Vertragsparteien Kaufleute, so muß gemäß § 346 H.G.B. ihr Wille im Rahmen der Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsstandes, der Handelsgebräuche erforscht werden.

Verkehrssitte und Handelssitte haben zweierlei Aufgaben. Einmal sollen sie die Erklärungen der Parteien nach ihrem wirklichen Willen erforschen, das andre Mal sollen sie unvollständige Erklärungen ergänzen. Die Klauseln haben die Willenserklärungen zu interpretieren, da der Wille der Parteien in diesen kurzen Formeln festgelegt ist. Bedienen sich die Vertragsparteien einer Klausel, so unterwerfen sie sich ihrer Bedeutung, wie sie der Verkehr entwickelt und festgelegt hat.

Ist in dem Kaufvertrage die Klausel „zur Abnahme" aufgenommen, so ist bei der Auslegung ihrer Bedeutung Vorsicht am Platze. Das Wort Abnahme deutet darauf hin, daß ein

---

[1]) Vgl. Recht 07 Nr. 148.

[2]) S. Gutachten der H.K. Berlin bei Dove-Meyerstein 87 Nr. 367.

[3]) H.K. Berlin in Mitteilungen 09, S. 392.

[4]) L.Z. 1913, S. 794.

Handeln des Käufers gemeint ist. Denn wäre ein Handeln des Verkäufers damit bezweckt, so wäre das Wort „Lieferung“ gegebener.[5]) Ist nun dieser Kauf ein Handelskauf, was oft der Fall sein wird, da meistens eine Partei Kaufmann ist, so kommt § 346 H.G.B. zur Anwendung, der auf den Handelsbrauch verweist.

Der Kaufmann versteht unter Abnahme nicht nur das rein körperliche Wegschaffen der Hauptsache, sondern sämtliche Handlungen des Käufers vom Abschluß bis zur Erfüllung des Kaufvertrages, um dem Verkäufer eine schuldgerechte Leistung zu ermöglichen. Darunter fällt auch der Abruf. Man erachtet sogar die „Abnahme“ gleichbedeutend dem „Abruf“.[6])

Im allgemeinen kann man daher sagen, ist die Klausel „auf Abnahme“ angewandt, so ist der Brauch, daß der Verkäufer erst auf Abruf des Käufers liefert.[7]) Dennoch hat das Reichsgericht[8]) einen Kaufvertrag, wonach ein Warenquantum jedesmal in der Zeit eines Jahres sukzessive abzunehmen war, folgendermaßen beurteilt: über die Lieferzeit sei nichts bestimmt, insbesondere ob der Verkäufer oder der Käufer sie zu bestimmen habe. Jede Partei könne daher nach billigem Ermessen den Zeitpunkt festsetzen.

Auch bei Verträgen, in denen mit keinem Wort der Abruf erwähnt ist, kann er nach der Natur des Geschäfts geboten sein, weil er verkehrsüblich ist. Es ist dann zu vermuten, daß die Parteien sich einem ergänzenden Handelsbrauch über das geschlossene Geschäft haben unterwerfen wollen, einerlei, ob sie ihn kannten oder nicht. Hierin liegt dann meistens die Quelle mancher Prozesse.

Der Handelsbrauch geht so weit, daß bei bestimmten Geschäften nur auf Abruf geliefert wird, so z. B. im Braunkohlen-Briketthandel zwischen Grossisten und Kleinhändlern in Berlin.[9])

## § 2.

### Rechtsnatur bei „Kauf auf Abruf“.

Ist die Klausel „auf Abruf“ Vertragsinhalt geworden, so ist damit gemeint, der Käufer kann bestimmen, wann der Verkäufer zu liefern hat, der Käufer kann die Waren abrufen.

---

[5]) Dove-Meyerstein 1912, S. 193, 810; bes. den Unterschied betont H.K. Berlin in Mitteilungen 09, S. 263.

[6]) Recht 08, S. 698.

[7]) H.K. Berlin in Mitteilungen 07, S. 31, 2.

[8]) In L.Z. 1912, S. 458.

[9]) H.K. Berlin in Mitteilungen 09, S. 47.

Der Begriff des „Kauf auf Abruf“ würde sich sehr summarisch gestalten, könnte man, wie es bereits geschehen ist,[1]) die Bestimmung der Zeit, wann die Lieferung erfolgen soll, unter den „ähnlichen Verhältnissen“ im Sinne des § 375 H.G.B. verstehen. Man könnte somit den „Kauf auf Abruf“ als ein Beispiel des Spezifikationskaufes ansehen. Diese Auffassung wäre aus verschiedenen Gründen bedenklich und wäre nur dann möglich, wenn man Spezifikation und Abruf ohne Unterschied als bloße Mitwirkungshandlungen zur Leistung des Verkäufers auffaßt, wenn man die unbestimmte nur kaufähnliche Spezifikationsvereinbarung, die erst zu einem Kauf führen soll, gleichstellt mit einer bloßen Nebenabrede zu einem im übrigen in bezug auf Leistung und Gegenleistung völlig bestimmten Kaufvertrag.

Gegen die Anwendung des § 375 H.G.B. auf den „Kauf auf Abruf“ spricht zunächst die Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen. Nach der Denkschrift[2]) will der § 375 mit dem Wort „Form, Maß oder änhnliche Verhältnisse“ nur die von der Wissenschaft bis dahin unterschiedenen Fälle des einfachen und des komplizierten Spezifikationskaufes zusammenfassen. Er regelt also keinesfalls alle außerhalb der Spezifikation liegenden Fragen.

Auch der Wortlaut des § 375 richtet sich gegen die Ansicht, unter „ähnliche Verhältnisse“ könne die Bestimmung der Erfüllungszeit von seiten des Abrufes aufzufassen sein. In der genannten Bestimmung heißt es: „Ist bei dem Kaufe einer beweglichen Sache dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten . . . .“ Wenn aber § 375 H.G.B. von Form, Maß, also von Sacheigenschaften spricht, so kann er unter „ähnliche Verhältnisse“ nur alle noch nicht erwähnten Sacheigenschaften meinen, also ein idem, nicht aber die näheren Umstände, unter denen geliefert werden soll.

In einem einzigen Falle ist der § 375 H.G.B. auf den Abruf anwendbar, wenn nämlich mit der Abrufsabrede eine Spezifikationsabrede verbunden ist, was nicht selten der Fall ist. Hier ist der Verkäufer zunächst auf § 377 H.G.B. angewiesen und erst, wenn die Spezifikation erfolgt ist, tritt der „Kauf auf Abruf“ ins Leben.

Ferner liegt der Gedanke nahe, daß der „Kauf auf Abruf“ eine Wahlschuld begründe. Denn nach den Untersuchungen Pescatoris kann nicht mehr gezweifelt werden, daß „nicht nur das zu leistende Objekt alternativ bestimmt sein kann, sondern

---

[1]) Makower zu § 373 III, a, 3; Lehmann-Ring zu § 375 Nr. 2.
[2]) Denkschrift S. 217.

ebensogut die Modalitäten der Leistung",[3]) wie Zeit und Ort. Eine Wahlschuld liegt dann vor, wenn entweder die eine oder die andere Leistung bewirkt werden soll. Nach Chamizer[4]) muß „immer die Leistungspflicht mindestens eine Leistung weniger umfassen, als Leistungen wahlweise geschuldet werden". Dies trifft jedoch beim „Kauf auf Abruf" nicht zu. Ohne weiteres ist es klar, wenn das gesamte Warenquantum auf einmal abzurufen ist, aber auch, wenn Ratenleistungen vereinbart sind, trifft dies nicht zu. Denn der Verkäufer liefert die Raten nacheinander wie der Käufer abruft, nicht die eine Rate zu dieser oder die andere Rate zu jener Zeit.

Die rechtliche Natur des „Kauf auf Abruf" ist im Gesetz nicht einschlägig festgelegt. Sie muß daher aus dem Wesen und Zweck des Geschäfts erläutert werden. Durch die Vereinbarung des Abrufs ergeben sich auf beiden Seiten Vorteile und Nachteile. Der Käufer will sich durch eine solche Vereinbarung gegen einen Warenmangel bei einem plötzlichen und gegen einen Wechsel der Qualität bei seinem fortlaufenden Bedarf sichern. Er ist weiterhin für die künftige Zeit der Mühe enthoben, sich nach einem Verkäufer für die gewünschten Waren umzusehen. Außerdem rechnet er beim Kauf bei einem großen Warenquantum auf eine erhebliche Ersparnis und Verbilligung, die ihn konkurrenzfähiger im Wirtschaftskampfe macht. Jedoch muß er die Waren zu dem Vertragspreise abnehmen, auch wenn der Preis der Ware inzwischen gesunken ist oder kein Bedarf dafür eingetreten ist. Der Verkäufer andererseits braucht nicht mehr Abnehmer für seine Waren zu suchen. Er begnügt sich, da er mit Preisen eine Großlieferung kalkuliert, mit einem geringeren Verdienst, kann sich aber einen Warenabsatz für längere Zeit sichern. Jedoch darf er nicht anderweitig über die Ware verfügen, wenn er z. B. dieselbe bei nicht günstiger Konjunktur verkauft hat und die Preise inzwischen gestiegen sind. Die Absicht beider Vertragsparteien läuft dahin hinaus, sich für künftige Zeit zu sichern. Aus diesem Grunde kann der „Kauf auf Abruf" nur ein fester sein, was auch von der Wissenschaft als feststehend anerkannt ist.[5])

Die durch diesen Vertrag erstrebte Sicherung des Geschäftslebens wäre illusorisch, wollte man hier das Vorliegen annehmen, ihm eine Bedingung einräumen. Bereits durch die Abrufsklausel erfährt ein solcher Kauf ein größeres Risiko als

---

[3]) Oertmann II Vorbem. zu §§ 262/5, 1 b.
[4]) a. a. O. S. 19.
[5]) Zander in Gruch. Bd. 52, S. 306; Staub, Exkurs zu § 349 Anm. 4.

die sonstigen normalen Kaufverträge; denn eine Partei bindet sich für die Abnahme eines bestimmten Warenquantums ohne Rücksicht darauf, ob in der Zukunft die Preise für diese Waren fallen oder nicht; das gleiche Risiko trägt die andere Vertragspartei, wenn die Preise steigen. Die Abrufsklausel kann keine Bedingung sein; denn sonst würde noch dazu die Wirksamkeit des Kaufvertrages davon abhängig sein, daß der Käufer abruft. Eine solche Ungewißheit soll nicht bestehen, da sonst die Sicherheit, die Stütze jedes Handelns, leiden würde. Der Vertrag wird unbedingt abgeschlossen und nur die Fälligkeit der Leistungen wird auf gewisse Zeit hinausgeschoben. Die Klausel hat nur die Bedeutung, in gewisser Zeitgrenze die Fälligkeit der Leistung zu bestimmen.[6])

Unrichtig wäre es auch, hier von einer Art von Vorvertrag zu reden, in dem sich die Kontrahenten verpflichten, in gewissen Zeitabständen die Hauptverträge abzuschließen, deren essentialia, nämlich Ware und Preis, im Vorvertrage festgelegt wären. Gegen die Annahme des Vorliegens eines Vorvertrages spricht der Umstand, daß gewisse Wirkungen dem „Kauf auf Abruf" eigen sind, die einem Vorvertrage bestimmt nicht zukommen. So kann z. B. ein Agent, der einen „Kauf auf Abruf" vermittelt hat, seine Provision mit der Tätigkeit des Abschlusses verlangen und nicht erst, wenn der Abruf der Ware und damit die Fälligkeit des Kaufpreises erfolgt ist.[7])

Es ist also davon auszugehen, daß der „Kauf auf Abruf" ein fester unbedingter und echter Kauf ist.

Die Eigenart des „Kauf auf Abruf" liegt darin, daß die Abrufsklausel den Kaufvertrag mit einer Bestimmung über die Lieferzeit versieht. Es könnte daher der Gedanke naheliegen, einen solchen Kauf als einen befristeten oder betagten anzusehen. Für die Annahme eines befristeten Kaufes spricht der Umstand, daß sich die Parteien dessen gewiß sind, daß einmal der Vertrag von beiden Seiten erfüllt werden wird: dies certus an. Wann dies der Fall sein wird, ist deshalb ungewiß, weil die Angabe des Termins — der Abruf — einer Partei überlassen ist: dies incertus quando. Man könnte hierbei auf einen befristeten Kauf schließen, und zwar sowohl hinsichtlich der Leistung des Verkäufers als auch hinsichtlich der Leistung des Käufers.

Dagegen spricht die Erwägung, daß Rechte und Pflichten schon mit dem Abschluß des „Kauf auf Abruf" entstehen und

---

[6]) Recht 09 Nr. 1931; 08 Nr. 2300; Goldmann Ziff. 35 zu § 346 H.G.B.

[7]) H.K. Berlin in Mitteilungen 08, S. 81.

daß diese insofern unvollkommen sind, als sie vor erfolgtem Abruf nicht eingeklagt werden können und ihretwegen kein Schuldnerverzicht eintreten kann.[8])

Echte Befristung verlangt aber in ihrem Sinne, daß die Entstehung der Rechte und Pflichten bis zum Eintritt des Termins gehemmt sind; denn Zeitbestimmung im engeren technischen Sinne oder Befristung ist die dem Tatbestande eines Rechtsgeschäfts durch den Willen der Parteien hinzugefügte Wirkung, kraft derer die durch das Rechtsgeschäft bezweckte Rechtswirkung ganz oder teilweise von dem Eintritt eines zukünftigen gewissen Zeitpunktes abhängig gemacht ist.[9]) Es liegt im Wesen des befristeten Rechtsgeschäftes, daß bezüglich des Anfangstermins nur solche Fälle getroffen werden, in denen seine Wirkung zunächst aufgeschoben sein und erst mit dem Eintritt des Anfangstermins entstehen soll. Vor dem Anfangstermin sind Rechte und Pflichten als solche aus dem Rechtsgeschäft nicht vorhanden. Es bestehen nur „unentziehbare Anwartschaften“.[10])

Es fragt sich, ob der „Kauf auf Abruf“ als ein betagter Kauf aufzufassen ist. Im Hinblick auf § 163 B.G.B., wonach die für die aufschiebende Bedingung geltenden Vorschriften der §§ 158, 160, 161 B.G.B. entsprechende Anwendung finden, wenn für die Wirkung eines Rechtsgeschäfts, bei dessen Vornahme ein Anfangstermin bestimmt worden ist, könnte man annehmen, daß eine Scheidung von befristeten und betagten Rechtsgeschäften nicht möglich ist. Denn zur Wirkung des Rechtsgeschäfts gehört die Möglichkeit der Geltendmachung des Rechtes ebenso wie die Entstehung desselben. Beide Fälle könnten in der genannten Gesetzesbestimmung durch den Wortlaut eingeschlossen sein.[11])

Gegen diese Auffassung spricht aber die Bestimmung im § 145 des ersten Entwurfes zum B.G.B.: Wenn einem Rechtsgeschäft ein bestimmter Termin, dessen Eintritt gewiß ist, als Anfangstermin beigefügt ist, so tritt die rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäfts sofort ein und nur die Geltendmachung des Rechtes ist auf den Anfangstermin hinausgeschoben, wenn nicht aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts erhellt, daß die rechtliche Wirkung erst mit dem Anfangstermine eintreten soll. Die Motive[12]) betonen, daß die Beifügung eines Anfangstermins

---

[8]) Feststellungsklagen und Klagen auf künftige Leistungen sind möglich, wenn ein rechtliches Interesse oder die Voraussetzung des § 259 Z.P.O. vorliegt.

[9]) Planck I, S. 281; Staudinger A 2.

[10]) v. Tuhr, S. 181.

[11]) Enneccerus Bd. I, S. 466.

diese zweifache Bedeutung haben könne. In der Kommission zur Beratung des zweiten Entwurfes wurde die Entscheidung wieder gestrichen, da es klar sei, daß die Anordnung der Übertragung gewisser für die Bedingung geltender Vorschriften sich auf die Rechtsgeschäfte, in denen nur die Geltendmachung der Wirkung hinausgeschoben sein soll, nicht beziehe.[13]) An die Stelle des erwähnten § 141 wurde der jetzige § 163 B.G.B. gesetzt. Dieser soll sagen, daß die Bestimmungen über die Bedingung dann angewandt werden, wenn die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts von einem Anfangstermin abhängig gemacht sind.

Jedoch sind aber die Fälle anders zu behandeln, bei denen nur die Geltendmachung des Rechtes hinausgeschoben ist. Ein solcher Fall ist der Kauf auf Abruf. Es handelt sich hier um einen Fall der hinausgeschobenen Rechtsausübung. Die rechtlichen Wirkungen sind, wie bereits oben erwähnt, bei Vertragsabschluß entstanden. Es kann daher davon keine Rede sein, daß die Wirksamkeit des Vertrages auf einen Anfangstermin hinausgeschoben ist. Vor dem Anfangstermin können beide Parteien nur die Erfüllung nicht verlangen. Mit anderen Worten: die Leistungen sind vorher nicht fällig. Der Eintritt des Anfangstermins und damit die Fälligkeit fallen mit dem Abruf zusammen. Der „Kauf auf Abruf“ ist mithin als ein betagter aufzufassen.

## § 3.

## Der Abruf.

### a) Seine Rechtsnatur.

Durch den Abruf erklärt der Käufer seinen Willen. Der Verkäufer soll jetzt liefern. Er ist somit eine Willenserklärung. Man unterscheidet zwei Arten von Willenserklärungen. Die eine muß einem Erklärungsgegner abgegeben werden, die andere braucht nicht an eine bestimmte Person gerichtet sein, behält aber trotzdem ihre rechtliche Wirksamkeit. Die ersteren werden als „empfangsbedürftige“, die letzteren als „nicht empfangsbedürftige“ Willenserklärungen bezeichnet. Das B.G.B. § 130 nennt die empfangsbedürftigen „Willenserklärungen, die einem anderen abzugeben sind.“. Darunter fällt auch der Abruf, Der Abruf ist nicht ohne weiteres als Rechtsgeschäft aufzufassen, denn Rechtsgeschäft und Willenserklärung fallen nicht begrifflich zusammen. Eine Definition des Rechtsgeschäftes

[12]) Mot. I, S. 269.
[13]) Prot. I, S. 188.

gibt das B.G.B. nicht, obwohl es oft diesen Ausdruck anwendet. Nach den Motiven[1]) zum ersten Entwurf ist ein Rechtsgeschäft „eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welche nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist“. Diese Begriffsbestimmung, die in der Wissenschaft allgemein gilt, liegt auch dem B.G.B. zugrunde. Jedes Rechtsgeschäft kann aus einer oder mehreren Willenserklärungen bestehen. Es kann demnach ein einseitiges und ein zweiseitiges Geschäft sein, je nachdem der beabsichtigte rechtliche Erfolg durch die Willenserklärungen nur einer Person oder durch das Zusammenwirken der Willenserklärungen mehrerer Personen erreicht werden kann. Und wie die Erklärungen auseinanderfallen, in empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige, so lassen sich auch die einseitigen Geschäfte in solche zerlegen. Unter die ersteren ist der Abruf zu rechnen, der lediglich eine Willensäußerung des Klägers ist und als rechtlicher Erfolg die Erfüllung durch den Käufer beabsichtigt.

Wie bei jedem Rechtsgeschäft müssen auch beim Abruf drei wesentliche Merkmale vorhanden sein, Wille, Erklärung und Übereinstimmung des Willens mit der Erklärung. Fehlt eines dieser Momente, so ist kein rechtsgültiger Abruf erfolgt. Der Abruf bedarf keiner besonderen Form, er kann schriftlich, mündlich oder telephonisch abgegeben werden, nur der Sinn des Abrufes muß deutlich sein. Der Verkäufer muß unzweideutig ersehen, daß der Käufer die Lieferung der Ware verlangt. Geht der Abruf dem Verkäufer zu, so wird die Lieferung nach Ablauf der Lieferfrist fällig. Der unbestimmte Leistungstermin wird zu einem kalendermäßig bestimmten und von dem Zeitpunkt des Abrufes ab läuft die ausdrückliche oder stillschweigend vereinbarte Lieferungsfrist. Die Frist läßt sich im voraus berechnen, und es braucht daher der Käufer nicht mehr zu mahnen, um den Verkäufer nach § 284 B.G.B. in Verzug zu setzen. Der Abruf ist Kündigung und Mahnung zugleich. Rechtswirksam wird der Abruf, wenn er dem Erklärungsgegner zugeht. § 130 B.G.B. behandelt nur Willenserklärungen unter Abwesenden. Für diese ist der Zeitpunkt maßgebend, in welchem sie zugehen, nicht, in welchem sie zur Kenntnis genommen werden. Der Abruf gilt dann als zugegangen, wenn der Empfänger die Möglichkeit hat, vom Abruf Kenntnis zu nehmen, z. B. wenn das Schreiben, in dem der Abruf erklärt ist, in den Briefkasten der Wohnung des Verkäufers geworfen worden ist.

---

[1]) Mot. I, S. 126.

Unter Anwesenden gilt der Abruf dann als zugegangen, wenn der Verkäufer ihn vernommen hat. Erst durch die Vernehmung der Erklärung ist der Kontakt zwischen Käufer und Verkäufer hergestellt.

### b) Sein Inhalt.

Inhaltlich muß der Abruf sich auf die geschuldete Leistung beziehen. Fordert der Käufer eine Mehrleistung, so ist der Abruf nicht schlechthin nichtig. Vielmehr wird jetzt zu prüfen sein, ob der Verkäufer einerseits auf den richtigen Abruf liefern würde, und ob der Käufer andererseits diese Erfüllung annehmen würde. Diese Feststellung macht meistens eine Rückfrage erforderlich. Von der Antwort hängt es dann ab, ob der Abruf wirksam ist oder nicht.[2]) Durch Vertrag kann festgelegt werden, ob auf einmal oder in Raten abgerufen werden soll. Ist davon nichts erwähnt, so muß nach folgenden Grundsätzen entschieden werden:

1. Bildet der geschuldete Gegenstand eine einheitliche Leistung, z. B. ein Faß Wein, eine Originalkiste Seife, so hat der Abruf auf einmal zu erfolgen. Die Einheitlichkeit der Leistung läßt sich aus der Packung, der gehandelten Menge usw. entnehmen. Fehlt es an einem solchen Merkmal, dann wird man zugunsten des Käufers annehmen müssen, daß eine einheitliche Leistung nicht vorliegt.

2. Handelt es sich nicht um eine einheitliche Leistung, dann kann der Käufer in Raten abrufen. Diese können verschieden sein, sowohl im Umfang als auch in den Zeitabschnitten. Sie können sogar auf einmal abgefordert werden. Jedoch darf der Käufer sein Abrufungsrecht nicht schikanös ausnutzen. Dies verbietet § 226 B.G.B. und auch die Handelssitte. Ein Abruf auf Raten wird meistens durch die Klauseln „nach Belieben", „nach Käufers Wahl", „nach Bedarf" ausgedrückt. Haben die Parteien die Klausel „nach Bedarf" im Vertrage festgelegt, so bedeutet dies noch außerdem, daß der Käufer seinen Bedarf in der geschlossenen Ware nicht anderweitig decken dürfe.[3]) Aber auch wenn kein wirklicher Bedarf vorhanden ist, z. B. infolge einer Neuerung des Betriebes oder des Geschäfts, so muß der Käufer dennoch die Ware am Schluß der Abrufsfrist abrufen.

Die Klausel „nach Bedarf" hat ungefähr die gleiche Bedeutung wie die Abrede „nach Käufers Wahl", denn dem Käufer

---

[2]) Staub Anm. 4 im Exkurse zu § 359; Staub Anm. 15 im Exkurse zu § 374.

[3]) Zander in Gruch. Beitr. 49, 590 und Recht 05, 229.

soll bis zum Schluß der Abrufsfrist ohne Rücksicht auf den wirklichen Bedarf freie Hand gelassen werden, die Ware abzufordern.

3. Ist zwischen den Parteien ein Sukzessivlieferungsgeschäft vereinbart, so werden die Abrufstermine im voraus im wesentlichen festgelegt, damit der Verkäufer die Waren zur Lieferung bereitstellen kann. Ein Sukzessivlieferungsgeschäft ist ein Kaufgeschäft, bei dem in einem einheitlichen Vertrage vereinbart ist, daß der Verkäufer das Gesamtquantum der verkauften Waren nicht auf einmal, sondern in zeitlich getrennten Abschnitten zu liefern hat und wobei für jede Rate in der Regel abgesonderte Bezahlung zu erfolgen hat. Das Sukzessivlieferungsgeschäft auf Abruf bedient sich z. B. der Klausel „abzurufen Januar, Februar, März 1929", oder „Abruf in Monatsraten bis Ultimo 1929". Ist eine solche Abrede nicht getroffen, so wird nach Handelsbrauch angenommen werden müssen, daß ein echtes Ratenlieferungsgeschäft vorliegt, wenn der Vertrag inhaltlich dieser Auffassung nicht entgegensteht und eine lange Abrufsfrist vereinbart worden ist.[4])

c) Seine Zeit.

Bei Abrufsgeschäften kann einmal die Abrufsfrist vertraglich vereinbart sein, ein andermal kann jede Abrede darüber fehlen.

1. Die Abrufsfrist ist im Vertrage vereinbart.

Die vertragliche Festsetzung einer bestimmten Abrufsfrist ist allgemein gebräuchlich und entspricht dem Geschäftsgebaren eines vorsichtigen Kaufmannes. Ist diese Frist durch bestimmte Klauseln ausgedrückt, wie z. B. „abzurufen bis Ultimo Januar 1930" oder „auf Abruf 1929", dann ist die Auslegung nicht schwierig, jedoch wird die Verbindung der Zeitbestimmung mit dem Worte „bis" im Handelsverkehr nicht einheitlich ausgelegt. Gesetzt der Fall, es soll bis März abgerufen werden, dann kann darunter gemeint sein, der Abruf soll bis zum 1. März oder bis Ende März erfolgen. Die Auslegung bestimmt der Handelsbrauch.

Heißt es: „auf Abruf für das Jahr 1920", dann hat der Abruf so zu erfolgen, daß die Lieferung noch in diesem Jahre geleistet werden kann.[5])

2. Der Vertrag enthält keine Bestimmung über die Abrufsfrist.

---

[4]) Müller in Gruch. Beitr. 50, 510; R.G. Recht 07, 761.
[5]) H.K. Frankfurt a. M. in Mitteilungen 1906, S. 192.

Ist in dem Vertrage keine Abrufsfrist vereinbart, so läßt es sich nicht allgemein sagen, bis wann der Abruf zu erfolgen hat. In erster Linie ist der Wille der Parteien aus dem Vertrage und dem Geschäftsverkehr zu entnehmen. Stehen beide Parteien schon längere Zeit in Geschäftsverbindung, dann gelten die früher vereinbarten oder üblichen Abrufsfristen auch für diesen Vertrag. Ist jedoch eine Abrufsfrist hieraus nicht zu bestimmen, so entscheidet für jede Warengattung der einzelne Handelsbrauch. Die Fristen sind für alle Handelszweige besonders bemessen, so daß der Unkundige die Mannigfaltigkeit nicht übersehen kann. Meistens wird der Richter, vorausgesetzt, er ist kein Handelsrichter, die Handelskammern um ihr Gutachten angehen müssen. Diese müssen feststellen, ob es sich um Saisonwaren oder Nichtsaisonwaren handelt.

Saisonwaren müssen innerhalb der Saison abgerufen werden, jedenfalls innerhalb von 6 Monaten.[6]) Ist der Gegenstand des Kaufes Nichtsaisonware, dann muß bei der Bestimmung der Abrufsfrist darauf Rücksicht genommen werden, ob die Ware erheblichen Konjunkturschwankungen unterliegt, und wie der Handelsbrauch in den einzelnen Handelskammerbezirken ist, da sich ein allgemeiner Handelsbrauch noch nicht gebildet hat.[7]) Fehlt es an einem für den Fall maßgebenden Handelsbrauch in dem Handelsgerichtsbezirke, so ist die Abrufsfrist nach der „aus den Umständen zu entnehmenden Angemessenheit“ zu bestimmen.[8]) Soll „nach Belieben“, „nach Bedarf des Käufers“ abgerufen werden, so hat dies lediglich die Bedeutung, daß dem Käufer bei der Begrenzung der Frist größerer Spielraum eingeräumt werden soll. Daß er innerhalb eines Jahres abrufen muß, ist kein allgemeiner Brauch, sondern gilt nur in einzelnen Handelszweigen.[9]) Fehlt ein solcher Handelsbrauch, dann ist wiederum nach Angemessenheit oder aus den Umständen zu entscheiden.

§ 4.

## Ist der Abruf ein Recht oder eine Pflicht?

Nach Zander[1]) ist der Abruf ein beschränktes Recht, das nach Ablauf der vereinbarten oder handelsüblichen Frist untergeht. Nach Erlöschen des Rechts sei die Rechtslage dann so, als ob ein Kaufvertrag ohne Beschränkung der Lieferungsfrist geschlossen ist und § 271 B.G.B. trete in Geltung. „Der Käufer

---

[6]) H.K. Halle a. S. in Mitteilungen 08, S. 86.
[7]) Zander in Gruch. Beitr. Bd. 52, S. 317.
[8]) H.K. Berlin in Mitteilungen 1911, S. 67.
[9]) Zander in Gruch. Beitr. Bd. 52, S. 318.

hat nunmehr das Recht auf sofortige Bewirkung der Leistung“.[1] Selbst Zander muß zugeben, daß nach Handelsbrauch der Verkäufer die Ware nicht ohne weiteres zusenden dürfe. Ja, der Handelsverkehr geht sogar noch weiter, „indem häufig von dem Verkäufer nach Ablauf der Abrufsfrist verlangt wird, daß der Käufer abrufen solle“, obwohl dies, „streng genommen, widersinnig ist, da der Käufer ein Recht zum Abruf in diesem Zeitpunkt nicht mehr hat“.[2]) M. A. nach ist aus den Handelsbräuchen zu schließen, daß die rechtliche Konstruktion Zanders nicht der Absicht der Parteien entspricht und daß das Abrufsverlangen nach Ablauf der Frist nicht widersinnig ist, sondern sich vielmehr, wie sich noch zeigen wird, als rechtlich nicht unerhebliche ernstliche Aufforderung an den Käufer darstellt, die übernommene Vertragspflicht zu erfüllen. Aus den Handelsbräuchen ist ersichtlich, daß das Abrufsrecht bei Nichtausübung innerhalb einer bestimmten Zeit nicht erlischt. Aber auch gesetzlich findet sich keine Bestimmung, wonach das Recht zum Abruf als erloschen anzusehen ist, während doch Rechte im B.G.B. nur kraft ausdrücklicher Vorschrift untergehen, so z. B. das Anfechtungsrecht und das Kündigungsrecht nach Ablauf einer Ausschlußfrist, das Ehescheidungsrecht durch Verzeihung, das Erbausschlagungsrecht wiederum nach Fristablauf. Außerdem erscheint es sehr zweifelhaft, ob, falls man überhaupt ein Erlöschen des Abrufsrechtes annimmt, dies die von Zander angegebene Wirkung hat, daß nunmehr der Verkäufer ein Recht auf sofortige Bewirkung der Leistung hat.

Ist ein Kauf auf Abruf geschlossen, so kann der Käufer eine eigenmächtige Lieferung des Verkäufers ablehnen. Der Verkäufer muß warten, bis der Käufer abgerufen hat. Der Käufer muß also bei der Erfüllung der Pflicht des Verkäufers, nämlich der Übertragung des Eigentums, mitwirken. Der Abruf stellt sich demnach als eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers im Sinne des § 295 B.G.B. dar. Literatur und Praxis in ständiger Rechtsprechung halten ohne Bedenken den Abruf als eine Mitwirkungshandlung im Sinne des § 295 B.G.B. Aus diesem Paragraphen läßt sich nicht ersehen, ob die Handlung ein Recht oder eine Pflicht des Gläubigers ist. Dies zu erörtern soll die weitere Aufgabe sein.

Ein bloßes Ja oder Nein ist wegen der Vielgestaltigkeit der Interessen der Vertragsparteien nicht möglich. Machen wir uns an einem Beispiel klar. Ein Reisender kommt in ein Lokal und bietet dem Wirt eine Krucke Likör an. Der Wirt

---

[1]) Zander in Gruch. Beitr. Bd. 52, S. 324.
[2]) Zander in Gruch. Beitr. Bd. 52, S. 324.

ist gerade in Zahlungsschwierigkeiten und lehnt das Angebot ab. Nach etlichen getrunkenen Bieren und einem großen Wortschwall des Reisenden wird der Widerstand des Gastwirtes schwächer. Schließlich kauft er, als der Reisende ihm zusagt, „Sie können ja den Likör bekommen, wann Sie wollen und dann auch bezahlen". Ohne Zweifel ist daraus ersichtlich, daß der Vertrag allein zugunsten des Wirtes geschlossen worden ist. In diesem Falle wird also der Abruf lediglich als ein Recht anzusehen sein. Denn dem Verkäufer liegt nichts an einer zeitlichen Bestimmung des Abrufes, er kann ja dieses geringe Warenquantum jederzeit liefern. Ein Recht wird also der Abruf immer dann sein, wenn es sich um eine einheitliche Lieferung eines geringen Warenquantums handelt. Jedoch kann es mit Zander als ein beschränktes Recht nicht angesehen werden. Gesetzt der Fall, es wäre eine Abrufsfrist von einem Jahre ausgemacht, dann müßte aus der zeitlichen Beschränkung gefolgert werden, daß das Recht erlischt. (§§ 163, 158 B.G.B.)

Der weitaus öfter sich wiederholende Fall ist aber, daß auf Abruf große Mengen Waren in der Form von Ratenlieferungsgeschäften gekauft werden. Bei einem solchen Kaufvertrage ist die Abrufsklausel nicht allein zugunsten des Käufers geschaffen. Der Verkäufer will, daß seine Produktion eine gleichmäßige bleibt und er für längere Zeit liefern kann. Deshalb kann der Verkäufer den Abruf zurückweisen, wenn der Käufer längere Zeit gezögert hat abzurufen und dann ein größeres Warenquantum abfordert, weil dadurch der Produktionsbetrieb zu sehr belastet werden könnte. Der Handelsbrauch hat es daher mit sich gebracht, daß zahlreiche Schranken des für den Käufer eingeräumten Bestimmungsrechtes zum Zwecke der Verkehrssicherheit sich entwickelt haben, z. B. wie lange der Käufer mit dem Abruf warten darf, welche Lieferzeit dem Verkäufer zusteht, insbesondere geht die Tendenz des Handelsbrauches dahin, ein echtes Ratenlieferungsgeschäft als gewollt zu unterstellen, also der Käufer soll in Raten abrufen, wenn eine längere Abrufsfrist vereinbart ist. Diese Übung ist bei verschiedenen Warengattungen bereits zum Handelsbrauch geworden, der anordnet, daß der Käufer die Waren monatlich in ungefähr gleichen Teilen abrufen soll, wenn die Abrufsfrist auf eine längere Zeit als 2 Monate vereinbart ist. Für den Magdeburger[3]) Handel ist dies z. B. konsequent durchgeführt. Wenn also der Handelsgebrauch für bestimmte

---

[3]) Handelsgebräuche 08 bei Gutscher und Behrend, S. 9 § 4, S. 31 § 2 Abs. 2, S. 66 § 8 Abs. 2, S. 69 § 3 Abs. 2, S. 85 § 4 Abs. 2.

Geschäfte vom Käufer den Abruf verlangt, dann liegt kein Recht mehr vor, sondern der Abruf wird als eine Pflicht des Käufers anzusprechen sein. Zwar hat der Abruf auch in diesem Falle noch insofern die Eigenschaft eines Rechts, als der Käufer sich den Zeitpunkt des Abrufs aussuchen kann. Da er aber nur innerhalb engster Zeitgrenzen und nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten abrufen darf, so wird dieses Recht auf ein solches Minimum beschränkt, daß der Abruf als Recht nicht anzusehen ist.

## § 5.

## Kann aus der Abnahmepflicht des Käufers auf eine Pflicht zum Abruf geschlossen werden?

Nach § 433 Abs. 2 B.G.B. liegen dem Käufer zwei Pflichten ob, die Zahlung des vereinbarten Kaufpreises und die Abnahme der gekauften Ware. Von einigen Schriftstellern wird die Ansicht vertreten, daß die Abnahmepflicht nicht nur das Abnehmen der Ware umfaßt, sondern sich auch auf den Abruf als eine weitere zur Erfüllung notwendige Mitwirkungshandlung erstrecke.

Diese Ansicht muß von vornherein von denjenigen verworfen werden, die eine Abnahmepflicht des Käufers leugnen. Namentlich Kohler[1]) stellt eine Verpflichtung des Käufers zur Abnahme in Abrede. Er führt folgendermaßen aus: Der Gläubiger einer Leistung sei eben nur Gläubiger und zu ihrem Empfange berechtigt, nicht verpflichtet. Er könne deshalb nicht zur Annahme gezwungen werden. Diese Ansicht beruht im wesentlichen auf einer Gleichstellung von Annahme und Abnahme. Gegen die Identifizierung spricht die Tatsache, daß der Gesetzgeber, wenn er von einer Verpflichtung des Käufers zur Annahme sprechen wollte, er bei dem einheitlichen Sprachgebrauch des Besitzes diesen Ausdruck gebraucht hätte. Wenn auch diese Erwägung zwar nicht als ausschlaggebender Beweis zu werten ist, so wird sie doch in Verbindung mit den nachfolgenden Ausführungen beachtenswert sein. Eine Annahmepflicht des Gläubigers ist m. E. nur dann anzunehmen, wo zwingende Gründe dazu vorliegen. Solche Gründe mögen im Falle des § 640 B.G.B. gegeben sein, in welchem bestimmt wird, daß der Besteller eines Werkes das hergestellte Werk abzunehmen hat. Denn hier bedeutet die Abnahme tatsächliche Hinnahme als Vertragserfüllung.[2])

---

[1]) Kohler im Arch. Bürg. R. 13, S. 174 ff., S. 240 ff.

[2]) Vgl. Oertmann Anm. 1a zu § 640 B.G.B. Übrigens wird auch beim Werkvertrag oft etwas anderes verstanden als bloße Annahme, nämlich Abnahme unter Billigung. Vgl. Crome, S. 689; Hohenstein, S. 71. Dagegen R.G. J.W. 07, 331; 08, S. 432.

Die Abnahme beim Kauf ist als eine rein tatsächliche Handlung aufzufassen. Dafür spricht der Wortlaut des § 448 B.G.B., wonach die Kosten der Übergabe den Kosten der Abnahme gegenübergestellt werden. Die Übergabe von seiten des Verkäufers ist eine Übertragung des unmittelbaren Besitzes, d. h. Verschaffung einer tatsächlichen Herrschaft über die Sache, die den Erwerber selbst als unmittelbaren Gewalthaber oder denjenigen, der die Sache erwirbt, als Besitzdiener des Übergabeberechtigten im Sinne des § 855 B.G.B. erscheinen läßt. Diese Besitzverschaffung des § 433 B.G.B. vollzieht sich auf dem Wege einer unmittelbaren Übertragung der physischen Gewalt von Hand zu Hand seitens des Vorbesitzers auf den Erwerber. Andere Besitzverschaffungsarten im Sinne des Gesetzes sind die Besitzüberweisung und das Besitzkonstitut. Diese in den §§ 930 und 31 B.G.B. erwähnten Ersatzmittel der Übergabe sind jedoch kraft Gesetzes nur für den Fall der Übergabe gegeben, die neben der Einigung zum Erwerbe des Eigentums erforderlich ist, nicht für die außer der Eigentumsverschaffung dem Verkäufer gemäß § 433 Abs. 1 B.G.B. obliegenden körperlichen Hingabe — die Übergabe kann also hier nur als rein tatsächlicher Vorgang angesehen werden. Aus der Gegenüberstellung von Übergabe und Abnahme kann man daher schließen, daß unter Abnahme im § 448 B.G.B. und ebenso im § 433 Abs. 2 B.G.B. die der Übergabe durch den Verkäufer entsprechende Tätigkeit des Käufers zu verstehen ist.[3])

Die Übergabe ist also zunächst etwas rein Tatsächliches. Sie ermöglicht dem Käufer, die Ware wegzunehmen. Deshalb entspricht der Übergabe der Sache die Wegnahme. M. E. ist also die Abnahme der Kaufsache als ihre Wegnahme zu verstehen.

Die Übergabe ist aber insofern nicht rein tatsächlicher Natur, als der Verkäufer dadurch seiner Leistungspflicht nachkommt. Übernimmt nun der Käufer, so fällt seine Handlung mit der Annahme zusammen. Da aber die Abnahme in ihrem Wesen etwas anderes als die Annahme ist, so kann nur ein rein äußerliches Zusammenfallen vorliegen, denn die Abnahme enthält nichts, was sich auf die Erfüllung des Kaufvertrages durch den Käufer bezieht. Sie ist vielmehr nur eine körperliche Hinwegnahme der Sache.

Daß die Abnahme ein rein tatsächlicher Akt ist, ergibt sich ferner aus den Vorarbeiten zum B.G.B. Nach den Protokollen[4]) vertrat in der zweiten Kommission die Mehrheit den Standpunkt, daß „Abnahme“ im § 459 des ersten Entwurfes

---

[3]) Planck Anm. 7 b zu § 433.

[4]) Protokolle, S. 17, 11.

zum B.G.B. — dieser Paragraph entspricht dem § 433 B.G.B. — dem „Begriff der tatsächlichen Wegnahme“ im Gegensatz zum juristischen Akt der „Übergabe“ entspräche.[5])

Wenn das Gesetz von einer Verpflichtung zur Annahme spricht, so bezweckt es nur, den Verkäufer von der Sache zu entlasten, denn dieser hat nicht nur Interesse, den Kaufpreis zu erhalten, sondern auch seine Arbeitskraft und seine Räume für die Verwertung und Aufbewahrung neuer Waren freizubekommen. Es ist also die Abnahme näher zu definieren als die Wegnahme der Kaufsache zwecks Befreiung des Verkäufers von dem Besitze der Kaufsache und der sonstigen Belastung mit ihr. Nicht erforderlich ist es, daß der Käufer den Verkäufer durch die Ansichnahme von der Kaufsache befreit. So weit der Verkäufer sich auf andere Art befreien kann, ist der Käufer nur verpflichtet, ihm dies zu gestatten.

Kohler übersieht also, daß die Abnahmepflicht des § 433 B.G.B. nur auf die Entfernung des Kaufgegenstandes aus dem Gewahrsam des Verkäufers nicht auf den Übergang des Gutes in den Besitz des Käufers gerichtet ist. Der Käufer wird zugunsten des Verkäufers, nicht in seinem eigenen Interesse, zur Abnahme verpflichtet.

Von der Abnahmepflicht ausgehend betrachten Düringer-Hachenburg[6]) die Abrufspflicht als einen Teil der Abnahmepflicht. Sie argumentieren folgendermaßen: Auf Grund der Abnahmepflicht müßte der Käufer seinerseits alles tun, um die Lieferung des Verkäufers zu ermöglichen. Der Käufer komme demnach schon dann in Abnahmeverzug, wenn er mit seiner Mitwirkungshandlung in Verzug gerate. Da der Abruf eine solche Mitwirkungshandlung sei, denn er ermögliche erst die Abnahme, so würde durch den Verzug mit dem Abrufe Verzug mit der Abnahme also Schuldnerverzug begründet.

Ähnlich konstruiert Rosenberg[7]): Der Käufer sei auf Grund der Abnahmepflicht auch zur Vornahme der Hilfshandlung verpflichtet, die unmittelbar die Erfüllung herbeiführt, sonst könnte er ja die Abnahme illusorisch machen. Unter diese Hilfshandlungen falle auch der Abruf, folglich sei der Käufer auf Grund der Abnahmepflicht auch zum Abruf verpflichtet.

Beide Ansichten sind zu verwerfen. Das Gesetz bietet keinen Anhaltspunkt, unter den Begriff der Abnahme, die ein rein tatsächlicher Akt ist, eine Mitwirkungshandlung des Käufers wie

---

[5]) Vgl. Staudinger Bd. 2, Teil 1, S. 580.
[6]) a. a. O., S. 50, 51, 233 Fußnote.
[7]) In Iherings Jahrbuch 43, S. 265.

den Abruf, der rechtsgestaltender Natur ist, zu rechnen. Zuerst wird der „Kauf auf Abruf“ abgeschlossen, dann erfolgt der Abruf und erst dann die Abnahme. Ein Käufer kann abrufen, genügt also seiner Abrufspflicht, braucht aber darauf nicht abzunehmen und kommt demnach nicht seiner Abnahmepflicht nach.

Der Abruf stellt sich also als eine Mitwirkung des Käufers bei der Ablieferung zwecks nachfolgender Abnahme dar und ist natürlich verschieden von dieser. Die Abrufspflicht ist eine selbständige neben der Abnahmepflicht einherlaufende Verpflichtung des Käufers. Es ist klar, daß der Käufer neben der Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises und der Abnahme der Waren noch andere Verpflichtungen auf sich nehmen kann. Das Wesen einer Pflicht besteht darin, daß der andere Vertragsteil einen rechtlichen Anspruch auf ihre Erfüllung hat. Der Verkäufer kann sowohl auf Abnahme wie auf Abruf klagen. Er wird z. B. auf Abruf klagen, wenn er die Waren noch nicht lieferbereit hat. Er wird umgekehrt auf Abnahme klagen, wenn die vereinbarte Abrufsfrist zwar noch nicht verstrichen ist, die Abnahme trotzdem infolge besonderer Umstände und nach Treu und Glauben erwartet werden kann.

## § 6.

## Der Verzug.

Der Kauf auf Abruf ist ein regulärer Kauf und hiernach ein gegenseitiger Vertrag. Verkäufer und Käufer stehen sich sowohl als Gläubiger, als auch als Schuldner gegenüber. Der Käufer ist bezüglich der Kaufsache, die er zu fordern berechtigt ist, Gläubiger, der Verkäufer Schuldner. Umgekehrt verhält es sich bezüglich des Kaufpreises. Beide Kontrahenten können daher in Gläubiger- und in Schuldnerverzug geraten. Unterläßt der Käufer, der auf Abruf gekauft hat, den Abruf, so tritt die Möglichkeit des Gläubiger- und des Schuldnerverzuges hervor. Die Feststellung, welche Verzugsart eintritt, ist wegen der sich in der Praxis ergebenden Folgen von Wichtigkeit. Denn der Gläubigerverzug gibt nur die Rechte aus § 304 B.G.B. und nicht Schadenersatz wie der Schuldnerverzug.

Aus diesen Erwägungen heraus ergibt sich die weitere Anordnung des Stoffes:

A. Voraussetzungen des Gläubigerverzuges,

B. Voraussetzungen des Schuldnerverzuges des Käufers beim Kauf auf Abruf.

## A. Die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges.

### I. Im Allgemeinen.

Damit der Gläubiger rechtswirksam in Verzug gerate, müssen folgende Erfordernisse gegeben sein:

1. Das wörtliche Angebot der Leistung durch den Verkäufer gemäß § 295 B.G.B. Das im § 293 B.G.B. geforderte tatsächliche Angebot fällt weg, da der Abruf eine Mitwirkungshandlung darstellt. Auch ein Verbalangebot ist nicht erforderlich, wenn die Abrufsfrist vertraglich festgelegt ist (§ 296 Abs. 1 B.G.B.).
2. Die mangelnde Mitwirkung zur Erfüllung des Vertrages auf seiten des Käufers.
3. Die Fälligkeit des Anspruches.

Allgemein ist es nicht notwendig, daß der Anspruch fällig ist, denn nach § 271 Abs. 2 B.G.B. kann selbst bei einer Bestimmung der Leistungszeit der Schuldner im Zweifel sie vorher bewirken. Der Schuldner könnte demnach also schon vor Fälligkeit des Anspruches, wenn die angegebenen Voraussetzungen vorliegen würden, den Gläubiger in Verzug bringen. Gegen eine willkürliche Lieferung ist der Käufer jedoch nach § 299 B.G.B. geschützt, wonach der Gläubger nicht dadurch in Verzug gerät, „daß er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung gehindert ist, es sei denn, daß der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat". Beim „Kauf auf Abruf" jedoch darf der Verkäufer vor Ablauf der Abrufsfrist nicht leisten. Der Käufer kann innerhalb der Frist jederzeit die Leistung verlangen, kann aber auch die Leistung vor der vertraglichen handelsüblichen oder angemessenen Frist ablehnen. Fälligkeit tritt mit dem Augenblick ein, wo die Abrufspflicht abgelaufen ist.

### II. Leistungsbereitschaft des Verkäufers.

Die Leistungsbereitschaft des Verkäufers ist keine notwendige positive Voraussetzung des Gläubigerverzugs auf seiten des Schuldners. Dies ist allein das Angebot der Leistung. Bei einem realen Angebot ist die Leistungsbereitschaft unbedingt erforderlich. Denn der Verkäufer kann nur eine fertige Ware anbieten. Anders liegt der Fall bei einem Verbalangebot. Denn hier ist es durchaus denkbar, daß der Verkäufer ein Angebot macht, ohne in der Lage zu sein, leisten

zu können. Der Käufer kann sich jedoch gegen ein Scheinangebot schützen, indem er die Nichtbereitschaft des Verkäufers nachweist (§ 297 B.G.B.). Umgekehrt wird durch die Bestimmung, daß die Beweislast der Käufer zu tragen hat, vorgebeugt, daß der Käufer schikanös die Bereitschaft des Verkäufers bestreitet. Daß der § 297 B.G.B. nur die Fälle des Verbalangebotes umfaßt, dafür spricht die Entstehungsgeschichte des § 297 B.G.B. Der zweite Entwurf behandelt nämlich das tatsächliche und das wörtliche Angebot in zwei besonderen Paragraphen, wobei der jetzige § 297 B.G.B. den dritten Absatz des nur die Verbaloblation enthaltenden Paragraphen bildet. Später wurde dieser Paragraph zerlegt (jetzige §§ 295—297 B.G.B.), so daß man daraus schließen kann, daß die Kommission des zweiten Entwurfes auch im § 297 B.G.B. nur die Fälle der Verbaloblation treffen wollte.

Für die begriffliche Definition der Leistungsbereitschaft ist die Auslegung des Wortes „außerstande" von ausschlaggebender Bedeutung. Es wäre zunächst daran zu denken, daß das Gesetz dabei eine Unmöglichkeit der Leistung voraussetzt. Liegt ein solcher Fall vor, dann findet § 297 B.G.B. selbstverständlich Anwendung. Es ist aber durchaus denkbar, daß die Leistung nicht objektiv unmöglich ist, aber der Schuldner außerstande ist, zu erfüllen. Auch für diesen Fall ist der § 297 B.G.B. anwendbar. Dafür spricht die subjektive Fassung dieses Paragraphen: „wenn der Schuldner außerstande ist". Wenn der Gesetzgeber durch § 297 B.G.B. allgemein den Gläubigerverzug hätte ausschließen wollen, für den Fall, daß dem Schuldner die Leistung unmöglich ist, so hätte er dieses sicherlich durch den Ausdruck „Unmöglichkeit" zur Geltung gebracht. Dies legt die Vermutung nahe, daß das Gesetz lediglich die Unmöglichkeit der Leistung, so weit die Person des Schuldners in Betracht kommt, lediglich die Anforderung, welche der Vertrag an ihn persönlich stellt, hat treffen wollen. Die Richtigkeit dieser Ansicht findet eine weitere Stütze auch in der Entstehungsgeschichte des § 297 B.G.B. Diese Gesetzesbestimmung im § 255 des 1. Entwurfes weist noch nicht das Wort „außerstande sein" auf. Es wird hier vom „Leistungsvermögen" des Schuldners schlechthin gesprochen. Nach den Motiven ist der Schuldner dann leistungsvermögend, wenn er die ihm nach den konkreten Schuldverhältnissen obliegende Tätigkeit entfaltet, ohne Rücksicht darauf, daß der Gläubiger die seinerseits erforderliche Mitwirkung unternimmt. In § 251 Abs. 3 des 2. Entwurfes — dieser Paragraph entspricht der jetzigen Gesetzesbestimmung — wird der Ausdruck „außerstande sein" gebraucht. Damit sollte

der materielle Inhalt und dessen Auslegung nicht geändert werden. Es war nur eine Vereinfachung der Fassung erstrebt und eine sachliche Änderung trat nur bezüglich der Beweislast des Leistungsunvermögens des Schuldners ein. Es ist unter „außerstande sein“ mangelndes Leistungsvermögen des Schuldners zu verstehen. Ist der Schuldner nicht außerstande zu leisten, so muß er leistungsbereit sein. Er ist es, wenn er alles getan hat, was zur Erfüllung seiner Verpflichtung notwendig ist.[2]) Kommt es nicht zur Erfüllung des Vertrages, dann muß der Grund hierfür nur in der mangelnden Mithilfe des Gläubigers liegen. Jedenfalls muß der Schuldner auch in der Zeit leistungsbereit sein, wo er entweder dem Gläubiger ein reales Angebot macht oder, wo eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist, in dem Zeitpunkte, in welchem der Gläubiger mitwirken muß (§ 297 B.G.B.). Unter letztere Fälle ist der Kauf auf Abruf zu rechnen. Der Verkäufer muß alles getan haben, um die Kaufsache übergeben zu können. Er kann jedoch sämtliche Handlungen, die zur Vorbereitung der Übergabe erforderlich sind, nicht vornehmen, bevor der Käufer seinerseits den durch den Vertrag bestimmten Abruf vorgenommen hat, der zeitlich vor die Entgegennahme der Kaufsache fällt. Der Verkäufer muß deshalb, um bei einem Kauf auf Abruf leistungsbereit zu sein, so tätig werden, daß er imstande ist, in gehöriger Weise, zur rechten Zeit und am rechten Ort zu leisten, sobald der Abruf erfolgt ist oder die Abrufspflicht verstrichen ist.

## III. Das Angebot des Verkäufers.

Die Leistungsbereitschaft des Verkäufers tritt für den Käufer äußerlich erkennbar durch das Angebot hervor. Das Angebot hat beim Gläubigerverzug dieselbe Bedeutung wie die Mahnung beim Schuldnerverzug. Das Angebot ist die Erklärung des Schuldners, er wolle jetzt leisten und zugleich die darin liegende Aufforderung an den Gläubiger, seine zur Erfüllung der Obligationen notwendigen Mitwirkungshandlungen vorzunehmen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch geht vom tatsächlichen Angebot als dem Regelfalle aus. Nach § 294 B.G.B. muß die Leistung dem Gläubiger, so wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden. Dieser Paragraph handelt von allen Fällen, in welchen der Gläubiger, um die Bewirkung der Leistung zu ermöglichen, keine weitere Tätigkeit als das bloße Annehmen zu enthalten

---

[2]) Vgl. auch R.G. 5, 66.

braucht.[3]) Gemäß § 295 B.G.B. genügt in zwei Fällen ein wörtliches Angebot, einmal, wenn der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, er werde nicht annehmen, denn es wäre eine Verschwendung von Zeit und Kraft, wollte man den Versuch tatsächlicher Erfüllung fordern, wenn er offenbar vergeblich wäre,[4]) das zweitemal, wenn eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, damit der Schuldner die Leistung bewirken kann. Letztere Ausnahme vom Erfordernisse des Realangebotes ist für den Gläubigerverzug beim Kauf auf Abruf von besonderer Bedeutung. Hier genügt ein wörtliches Angebot. Dies erhellt besonders daraus, wenn wir auf das Grundprinzip zurückgehen, daß der Schuldner alles getan haben muß, was er ohne die Mitwirkung des Gläubigers tun kann, um die Obligation zu erfüllen. Ist die Erfüllung der Obligation bedingt durch eine Handlung des Gläubigers, so ist der Schuldner nur in der Lage, wörtlich anzubieten, solange der Gläubiger nicht tätig wird. Erklärt nun der Schuldner, er wolle leisten, worin zugleich eine Aufforderung an den Gläubiger liegt, mitzuwirken, so hat er getan, was zur Erfüllung der Leistung notwendig ist. Die Voraussetzung ist natürlich, daß er in dem Augenblick der Erklärung leistungsbereit ist, bzw. sich in der vertraglichen, angemessenen oder handelsüblichen Lieferfrist in Leistungsbereitschaft setzen kann. Ebenso beim Kauf auf Abruf, denn der Abruf des Käufers ist, wie bereits festgestellt, als eine zur Bewirkung der Leistung erforderliche Handlung im Sinne des § 295 B.G.B. anzusehen. Versäumt der Käufer den Abruf, so tritt noch nicht Verzug ein, vielmehr muß noch das Angebot des Verkäufers hinzutreten. Es genügt jedoch immer nur ein wörtliches Angebot. Nach § 295 Satz 2 steht dem Angebot der Leistung die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen. In der Aufforderung liegt auch die Erklärung des Schuldners, er sei zu leisten bereit. Fordert der Verkäufer den Käufer zum Abruf auch auf, dann gerät letzterer in Verzug, wenn der Verkäufer leistungsbereit war und eine angemessene Frist zum Abruf verstrichen war oder der Käufer auch in der den Umständen nach angemessenen Frist nicht abruft. Ein Angebot des Schuldners ist nicht erforderlich, wenn für die Mitwirkung des Gläubigers eine Zeit nach dem Kalender bestimmt war oder sich von vorgängiger Kündigung an nach dem Kalender bestimmen läßt. Unterläßt der Gläubiger zu dieser kalendermäßig bestimmten Zeit seine erforderliche Mitwirkung, so

[3]) Staudinger Anm. 1 zu § 294; Mot. 2, S. 270.
[4]) Dernburg II, Abt. 1, S. 179.

kommt er in Verzug, sofern er nicht beweist, daß der Schuldner nicht leistungsbereit gewesen sei. Hier gilt analog der im § 284 Abs. 2 B.G.B. für den Schuldnerverzug getroffenen Bestimmung der Satz: dies interpellat pro homine. Die Zeit kann sowohl durch einen Termin als durch eine Frist bestimmt sein, vorausgesetzt, daß die Frist genau angegeben ist. Am letzten Tage der Frist muß dann bei Vermeidung des Verzuges abgerufen werden. Ist eine Frist kalendermäßig vereinbart, so kann der Verkäufer mit Ablauf der Frist nur leistungsbereit sein. Nimmt dagegen der Käufer den Abruf vor, dann muß der Verkäufer tatsächlich anbieten, um einen Gläubigerverzug herbeizuführen.

### IV. Mangelnde Mitwirkung des Käufers bei der Erfüllung des Vertrages durch Unterlassen des Abrufes.

Gemäß § 293 B.G.B. kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Das einzige Erfordernis des Gläubigerverzuges ist also die Nichtannahme. Es fragt sich nun, ob durch das Unterlassen des Abrufes das Merkmal der Nichtannahme vorliegt. Es wäre fehlerhaft, eine Nichtannahme nur dann für vorliegend zu erachten, wenn der Gläubiger die Annahme der Leistung verweigert, wenn er nicht entgegennimmt. Vielmehr nimmt der Gläubiger auch dann nicht an, wenn er durch Unterlassen seiner Mitwirkungshandlung die Erfüllung der Obligation vereitelt. So ist zum Beispiel eine Nichtannahme auch gegeben, wenn der Käufer bei einem Spezifikationskaufe nicht spezifiziert oder wenn bei einer Wahlschuld der Gläubiger sein Wahlrecht nicht ausübt. Der Gläubiger gerät keineswegs durch Unterlassen der Spezifikation in einen Spezifikationsverzug, sondern nur in Gläubigerverzug. Es gibt keine besonderen Schuldner- oder Gläubigerverzugsarten, es gibt nur einen Schuldner- und einen Gläubigerverzug. Ebenso steht es beim Kauf auf Abruf. Der Abruf ist eine Voraussetzung zur Erfüllung der Obligation. Unterläßt der Käufer den Abruf, so ist dies gleichbedeutend mit einer Nichtabnahme und er gerät dadurch in Gläubigerverzug.

## B. Voraussetzungen des Schuldnerverzuges.

1. Die Verletzung einer Pflicht. — Der Abruf ist, wie oben erörtert, eine Pflicht.
2. Die Fälligkeit der Leistung.

3. Die Mahnung des Verkäufers, den Abruf vorzunehmen (§ 284 B.G.B). Diese ist gemäß § 284 Abs. 2 B.G.B. nicht erforderlich, wenn die Zeit des Abrufes kalendermäßig bestimmt ist.
4. Das Verschulden des Käufers (§ 285 B.G.B.).

## § 7.

### Verzugsfolgen.

Da also der Abruf eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers im Sinne des § 295 B.G.B. ist und zugleich eine Pflicht, so kann durch Unterlassen des Abrufes zugleich Gläubiger- wie Schuldnerverzug eintreten.[1]) Und damit können auch die Rechsfolgen aus beiden Verzugsarten gegeben sein.

Legt der Verkäufer den Gläubigerverzug zugrunde, so treten zunächst die im B.G.B. aufgezählten Rechtsfolgen ein, insbesondere die Haftungserleichterung und der Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen (§§ 300—304, 383, 274 Abs. 2, 322 Abs. 2 und 3 B.G.B.). Diese Vorschriften werden durch das H.G.B. nicht berührt, wie § 373 H.G.B. ausdrücklich hervorhebt. Wichtiger und von der Praxis durchaus bevorzugt ist der im § 373 H.G.B. für den Fall des Annahmeverzuges gewährte Rechtsbehelf, daß „der Verkäufer die Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise hinterlegen kann". Dieses Hilfsmittel ist beim Kauf auf Abruf im Gegensatz zum Spezifikationskauf für den Verkäufer unentbehrlich. Denn beim Spezifikationskauf hält der Verkäufer nur das Rohmaterial, event. die teilweise bearbeitete Ware bereit, dagegen hat der Verkäufer beim Kauf auf Abruf die bestellten Waren fertiggestellt und kann sie anderweitig kaum absetzen. Denn es ist viel schwieriger, Waren, die nach der Absicht des Bestellers hergestellt sind, loszuwerden, als Rohmaterial oder nur teilweise fertiggestellte Waren. Ferner kann der Verkäufer unter den im § 373 H.G.B. gegebenen Voraussetzungen die Kaufsache versteigern lassen. Jedoch ist dieser Rechtsbehelf in der Praxis von geringerer Bedeutung als die meistens vorgenommene Lagerung auf Kosten und Gefahr des Käufers. Sind nun ferner durch Unterlassen des Abrufes auf seiten des Käufers die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges gegeben, so hat der Verkäufer folgende Rechtsbehelfe. Er kann zunächst auf Abruf

[1]) Schuldner- und Gläubigerverzug ist kumulativ genau so möglich wie Abnahme- und Annahmeverzug.

klagen, denn er hat selbstverständlich einen Anspruch auf Erfüllung der Abrufspflicht. Ferner steht ihm ein Ersatzanspruch gemäß § 286 B.G.B. für den Schaden zu, der ihm durch die Verzögerung des Abrufes entstanden ist.

Bald werden ihm die Rechte, die ihm auf Grund des Gläubigerverzuges zustehen, bald diejenigen, die auf Grund des Schuldnerverzuges gegeben sind, willkommen sein. Immerhin setzt ihre Geltendmachung voraus, daß der Vertrag weiter bestehen bleibt. Dies wird jedoch oft dem Verkäufer unerwünscht sein, der sich vielmehr gern vom Vertrage lossagen würde. Es ist jedoch nur dann möglich, wenn auf den Verzug mit dem Abruf § 326 B.G.B. anwendbar ist. § 326 B.G.B. verlangt, daß der eine Vertragsteil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge ist. Unter Leistung muß eine Hauptleistung verstanden sein. Nach R.G. muß die Leistung äquivalent sein mit der dem anderen Teil obliegenden Leistung. Sie muß entweder Gegenwert oder Ersatz der Leistung sein.[2]) Diese Ansicht besteht mit Recht. Es wäre unbillig, wenn ein Vertragsteil gemäß § 326 B.G.B. vom Vertrage zurücktreten würde, wenn er also den Vertrag hinfällig machen würde, aus dem wenig schwerwiegenden Grunde, daß sein Vertragsgegner mit einer Nebenleistung im Rückstande ist. Wie der Abruf zu beurteilen ist, ob als Haupt- oder Nebenleistung, darüber herrscht in der Literatur und in der Praxis verschiedene Auffassung.

Nach Sörgel[3]) ist der Abruf regelmäßig keine Hauptleistung im Sinne des § 326 B.G.B., kann es aber bei besonderem Interesse des Verkäufers sein. Nach Staub[4]) kann die Unterlassung des Abrufes in konkretem Falle ein Verzug mit der Hauptleistung werden. Nach Freudenthal[5]) kann im Einzelfalle der Abruf eine Hauptleistung des Käufers sein. Staudinger[6]) sieht den Abruf regelmäßig nicht als eine Hauptverpflichtung an, gibt aber zu, daß er es im konkreten Falle sein kann.

Enneccerus[7]) kennt kein Erheben des Abrufes zur Hauptpflicht.

---

[2]) Recht 03 Nr. 2242.

[3]) Sörgel Bd. 3, Bd. 5, S. 764.

[4]) Staub Anh. zu § 374 Anm. 168 a.

[5]) Freudenthal, S. 39.

[6]) Staudinger § 433, IX, 2 c, B.B., § 326, III, 2 a.

[7]) Enneccerus Bd. 1, 2, S. 159 Anm. 4.

Auch der Standpunkt der Praxis ist verschieden. So urteilt das R.G.,[8]) daß der Abruf, wenn er überhaupt eine Pflicht sei, eine Nebenverpflichtung darstelle. Der Abruf könne jedoch unter Umständen wie die Abnahmepflicht ein Teil der Hauptleistung werden und begründe alsdann bei deren Verletzung Schuldnerverzug, der alsdann zur Anwendung des § 326 B.G.B. führt. In der Regel ist also der Abruf nach Ansicht des R.G. keine Hauptverpflichtung. Bei fast allen Sukzessivlieferungsgeschäften sei der Abruf jedoch eine Hauptleistung. Aber eine Nichterfüllung der Hauptverpflichtung dürfe man nicht ohne weiteres annehmen, wenn der Käufer mit einer Rate im Verzuge sei.[9])

Nach den Entscheidungen der Handelskammern[10]) hat der Verkäufer gegenüber dem säumigen Abrufsschuldner stets die Rechte aus § 326 B.G.B. Aus den Gutachten der Handelskammern geht ferner hervor, daß stets dem Säumigen eine angemessene Nachfrist gesetzt werden muß, um vom Vertrage zurückzutreten.

Die Ansicht der Handelskammern empfiehlt sich im Interesse der für den Verkehr zwischen Kaufleuten durchaus erforderlichen einheitlichen rechtlichen Behandlung. Dafür spricht auch das am Beginn der Arbeit bereits hervorgehobene beiderseitige Interesse der Parteien, gerade in der Form des Abrufkaufes abzuschließen. Dennoch ist m. E. der Abruf nicht unter allen Umständen eine Hauptverpflichtung. Wie wir festgestellt haben, daß der Abruf in der Regel eine Pflicht ist, so können wir auch sagen, daß der Abruf regelmäßig eine Hauptpflicht sei und nur wo es aus dem Vertragswillen ersichtlich ist, ist der Abruf als eine Nebenverpflichtung anzusehen.

## § 8.
## Typische Prozeßeinwendungen.

Kommt es zwischen Verkäufer und Käufer zu Streitigkeiten, so sehen wir am häufigsten den Käufer als Kläger vor Gericht. Dieser hat gewöhnlich die Abrufsfrist verstreichen lassen und ruft nachträglich ab. Der Verkäufer jedoch verweigert die Lieferung. Die gebräuchlichsten Einwendungen gegen die Klage sind folgende:

1. Der Kläger habe nicht rechtzeitig abgerufen und damit sein Recht aus dem Vertrage verwirkt.

---

[8]) Reichsgericht Bd. 55, S. 426 Bd. 56, S. 173 Bd. 57, S. 112; Recht 05 Nr. 1835; J.W. 04, S. 168.

[9]) Recht 04 Nr. 3563.

[10]) Z.B. H.K. Frankfurt a. M., Mitteilungen 1912, S. 129; H.K. Bromberg Mitteilungen 08, S. 114.

2. Er — Verkäufer — nehme an, daß der Käufer, weil er nicht abrief, auf Vertragserfüllung verzichte.
3. Es sei gegen Treu und Glauben, nach so langer Zeit ein Weiterbestehen des geschlossenen Vertrages anzunehmen.
4. Er — Beklagter — könne nur gemäß §§ 320—322 B.G.B. zur Leistung Zug um Zug verurteilt werden.

Einwand 2—3 steht in entsprechender Abänderung auch dem Käufer zu.

Zu Einwand 1.

Der Beklagte kann Einwand 1 auf zweierlei Weise begründen. Entweder er stellt den Kauf auf Abruf als bedingten Kauf dar, bedingt nämlich durch den Abruf oder infolge der Fristbestimmung als Fixgeschäft nach § 346 H.G.B. Die Erklärung, daß ein bedingter Kauf vorliege, ist jedoch nicht stichhaltig, da dieses Rechtsgeschäft nach den obigen Ausführungen nicht bedingt sein kann. Die Bestimmung einer Frist kann einerseits die Bedeutung haben, daß nach Ablauf der Frist die Lieferung aller noch nicht abgerufenen Waren fällig sein soll und daß sowohl Verkäufer als auch Käufer sie fordern können. Andererseits ist es möglich, daß die Fristbestimmung wesentlicher Vertragsbestandteil sein soll. In einem solchen Falle ist dann der Verkäufer von der Lieferung der Ware nach Ablauf der festgesetzten Zeit befreit. Im allgemeinen kann man nicht annehmen, daß bei Vereinbarung einer Frist ein Fixgeschäft vorliegt.[1])

Zu Einwand 2.

Der Einwand, Kläger habe auf sein Recht aus dem Vertrage verzichtet, wird in der Regel folgendermaßen formuliert: Er, der Beklagte, habe auf seinen Anspruch verzichtet, da er es stillschweigend duldete, daß Kläger die Frist zum Abruf bezw. zur Mahnung habe verstreichen lassen. Er habe durch sein Stillschweigen der Willenserklärung des Klägers, die mittels konkludenter Handlung abgegeben worden sei, zugestimmt.

Sein Stillschweigen müßte also als Zustimmung aufzufassen sein. Das heutige Recht kennt jedoch nicht den bereits im gemeinen Recht verfehlten Satz: qui tacet consentire videtur. Vielmehr gilt Stillschweigen nur dann als Zustimmung, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt oder wenn der Schweigende sich bewußt war, daß sein Schweigen als Zustimmung aufgefaßt werden dürfe und auch so aufgefaßt werde. Da dies hier

[1]) R.G. Bd. 36, S. 84 ff.; Recht 08 Nr. 698; H.K. Berlin Mitteilungen 1912, S. 312; H.K. Frankfurt a. M. Mitteilungen 1911, S. 110.

nicht zutrifft, so kann Stillschweigen nicht als Verzicht auf Lieferung aufgefaßt werden.

Jedoch wird in manchen Fällen ein Verzicht anzunehmen sein, z. B, wenn seit Fälligkeit des Abrufes eine derartig lange Zeit verstrichen ist, wie sie zur Abwicklung von Handelsgeschäften nicht in Betracht kommt.[2]) Aber auch in einem solchen Falle ist die Verurteilung des Beklagten auf Lieferung bezw. Abnahme nicht ausgeschlossen. Denn nach dem Grundsatze ne eat iudex ultra petita partium darf der Richter nur das berücksichtigen, was die Parteien vorbringen. Deshalb muß Beklagter ausdrücklich im Termin erklären, der Vertrag sei durch Verzicht aufgelöst. Hat der Vertragsgegner vor der Erhebung der Klage auf Lieferung bezw. Abnahme nicht gemahnt, so empfiehlt es sich, auch dieses vorzubringen, damit nicht plötzlich der Gegner mit dem Einwand kommt, der Beklagte könne nicht behaupten, daß er, der Kläger, nicht noch Lieferung bezw. Abnahme verlange.[3])

### Zu Einwand 3.

Die ablaufende Abrufsfrist hat also keine rechtsvernichtende Wirkung.[4]) Es besteht jedoch kein Zweifel, daß die Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung bezw. die des Käufers zur Abnahme nicht zeitlich unbegrenzt fortdauern darf. Vielmehr kann der Beklagte einwenden, es verstoße gegen Treu und Glauben, nach so langer Zeit die Ansprüche auf Lieferung bezw. auf Abnahme geltend zu machen. Diesen Einwand wird der Beklagte immer dann vorbringen, wenn eine Preisverschiebung zu seinen Ungunsten eingetreten ist, also der Verkäufer, wenn die Ware teurer, der Käufer, wenn sie billiger geworden ist. Dieser Einwand ist vom Richter zu beachten. Er hat vor allen Dingen zu prüfen, wie lange die Abrufsfrist war, wieviel Zeit seit dieser verstrichen ist, insbesondere ob der Kläger aus gewinnsüchtiger Absicht so spät erst die Lieferung verlangt. Wann alles dies zutrifft, muß sich aus den Umständen des einzelnen Falles ergeben.

Steigen die Preise bereits während der Abrufsfrist, so kann der Verkäufer nicht einwenden, es verstoße gegen Treu und Glauben, jetzt Lieferung zu fordern. Denn die Abrufsklausel ist aus freien Stücken vereinbart, und der Verkäufer war sich bewußt, daß er bei fallenden Preisen einen höheren Gewinn

---

[2]) L.Z. 09, S. 591; Recht 08 Nr. 698; H.K. Oppeln in Mitteilungen 1910, S. 114.

[3]) Recht 1912 Nr. 1153.

[4]) H.K. Berlin in Mitteilungen 1912, S. 230; 1913, S. 182.

erzielen werde, daß er aber als Äquivalent dazu das Risiko tragen muß, wenn die Preise steigen.[5])

Ist die Klausel „nach Bedarf" dem Vertrage beigefügt, so handelt der Käufer gegen Treu und Glauben, wenn er seinen Bedarf anderweitig deckt.[6]) Dasselbe gilt auch dann, wenn bei für ihn günstigen Konjunkturverhältnissen der Käufer mehr abruft als er benötigt.

### Zu Einwand 4.

Oft wenden beide Vertragsparteien ein, sie könnten gemäß §§ 320—322 B.G.B. nur zur Leistung Zug um Zug verurteilt werden, der Käufer, wenn er auf Zahlung, der Verkäufer, wenn er auf Lieferung verklagt ist. Hierbei wird der Richter vor die schwierige Entscheidung gestellt, wann bei einem Kauf auf Abruf der Kaufpreis fällig ist, insbesondere wie es sich verhält, wenn ein Zahlungsziel vereinbart ist. Der Kaufpreis ist nicht am Tage des Kaufabschlusses fällig, einerlei, wann die Ware abgerufen wird. Dafür spricht auch der § 452 B.G.B., wonach der Kaufpreis erst von dem Zeitpunkt an zu verzinsen ist, von welchem dem Käufer die Nutznießung des gekauften Gegenstandes gebührt. Nur die abgerufene und danach gelieferte Ware ist zu bezahlen.[7]) Wenn die vereinbarte oder handelsübliche Frist verstrichen ist, so ist der Kaufpreis fällig. Der Verkäufer kann den Kaufpreis vom Käufer verlangen und ihn auf Leistung Zug um Zug verklagen.[8]) Ist eine Zahlungsfrist vereinbart, so läuft sie vom Abruf an, und ist dieser nicht erfolgt, dann von dem Zeitpunkt aus, wo der Abruf hätte spätestens erfolgen müssen.[9])

Daran ändert auch nichts, daß zahlbar „nach der jedesmaligen Lieferung" vereinbart ist. Der Verkäufer kann also, wenn er auf Lieferung verklagt ist, nur Zug um Zug verurteilt werden. Es sei denn, er sei vorleistungspflichtig. Denn dann muß geprüft werden, ob die Klage vor oder nach dem Termin erhoben worden ist, den man erhält, indem man vertragliche oder handelsübliche Abrufsfrist und die Zahlungsfrist zusammenzählt. Der Antrag auf Verurteilung Zug um Zug kann nur dann berücksichtigt werden, wenn die Klage nach diesem Termin erhoben ist.

---

[5]) A.A. R.G. Bd. 37, S. 26.
[6]) Recht 1910 Nr. 1331; R.O.L.G. Bd. 20, S. 166.
[7]) J.W. 04, S. 19.
[8]) Recht 03 Nr. 1811; J.W. 04, S. 90; Recht 04 Nr. 883.
[9]) Zander in Gruch. Beitr. Bd. 52 S. 325.

# Literaturverzeichnis.


Chamizer: Naturgebiet und Grenzen der Wahlschuld. Diss. Leipzig 1902.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900—1905. Bd. II.

Denkschrift zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuches. Amtliche Ausgabe.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 3. Aufl. Bd. II. Abt. 1. 1905.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des bürgerlichen Rechts. Bd. III. 1905.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. Bd. I. 1904.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Freudenthal: Voraussetzungen des Verzuges des Käufers bei dem Kauf auf Abruf. Diss. Halle 1912.

Goldmann: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, erläutert von Goldmann, III. Bd. 1906.

Gutachten über Handelsbräuche, erstattet von der Handelskammer zu Berlin. Im Auftrage der Handelskammer herausgegeben von H. Dove und E. Meyerstein. I. Bd. 1907, II. Bd. 1905.

— Mitteilungen der Handelskammer zu Berlin.

— Mitteilungen der Handelskammer für den Regierungsbezirk Bromberg.

— Mitteilungen der Handelskammer Frankfurt a. M.

— Mitteilungen der Handelskammer Halle a. d. S.

Hohenstein: Archiv für das bürgerliche Recht, herausgegeben von Kohler. Bd. 25, S. 79 ff.

Juristische Wochenschrift, herausgeg. von H. Neumann.

Kohler: Der Gläubigerverzug im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 13, S. 149 ff.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch. Bd. II. Berlin 1901.

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, herausgeg. von Düringer, Jaeger und Königer.

Makower: H.G.B. mit Kommentar. Bd. II. 13. Aufl. 1907.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Oertmann: Kommentar zum B.G.B. Bd. II. 3./4. Aufl Berlin 1910.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. 1./2. Aufl. 1900. Bd. II.

Protokolle zur 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Recht, Das: Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Rosenberg: Der Verzug des Gläubigers. In Iherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 43, S. 141 ff.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz unter Verwertung der gesamten Rechtsprechung und Rechtslehre. 4. Aufl. Stuttgart 1929.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. I. Bd. 1912, II. Bd. 1913.

— Kommentar zum Handelsgesetzbuch. III. Bd. Berlin 1926 (zit.: Staub-Koenige).

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. und II. Bd. 1. Teil. 1912.

von Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1910.

Zander: Klausel im Handelsverkehr. Gruch. Beitr. Bd. 49, S. 590 f.

— Der Kauf auf Abruf. Bd. 52, S. 304 ff.

# Lebenslauf.

Ich bin am 28. Januar 1903 als Sohn des Fabrikbesitzers Viktor Joachimski und seiner Ehefrau Martha, geb. Watzlawczyk, in Hindenburg O/S. geboren. Ich besuchte 4 Jahre die Volksschule und darauf das Staaatliche Königin-Luise-Gymnasium in Zaborze, das ich Ostern 1922 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte 8 Semester Rechtswissenschaft, 3 in Jena und 5 in Breslau. Am 21. Februar 1930 promovierte ich zum Doktor.

**Dr. A. Joachimski.**